



# «INTENTIO CONTRA BONUM PROLIS»

(Sugerencias para la reforma del canon 1086 del CIC)

SUMARIO: I. VOLUNTAD INTERNA Y VOLUNTAD MANIFESTADA. — II. AUTONOMÍA DE LA «INTENTIO CONTRA BONUM PROLIS» COMO «CAPUT NULLITATIS». — III. «BONUM PROLIS» Y «OMNE IUS AD CONIUGALEM ACTUM». — IV. BASES DE LA AUTONOMÍA DE LA «INTENTIO CONTRA BONUM PROLIS». — a) Su relación con el fin primario del matrimonio, b) El «bonum prolis» como «propiedad esencial». c) Exclusión del bien de la prole y simulación total. — V. LA INTENCIÓN CONTRA LA SUBSTANCIA DEL MATRIMONIO. — a) «Intentio vel conditio». — b) «Intentiones contra matrimonii substantiam». c) Una exigencia de carácter pastoral. — VI. «BONUM PROLIS» Y SUBSTANCIA DEL MATRIMONIO. — a) El matrimonio como sociedad: conocimiento e intencionalidad en el «consensus». b) Alcance de las fórmulas «intentio contra bonum prolis» e «intentio contra matrimonii substantiam».

## I. VOLUNTAD INTERNA Y VOLUNTAD MANIFESTADA.

Una de las ideas más fecundas de la canonística moderna ha sido la de reunir todos los derechos y deberes esenciales que nacen del consentimiento matrimonial en el «*ius-officium cooperandi ad fines matrimonii*»<sup>1</sup>; «*ius-offi-*

1. Se debe esta tesis fundamentalmente a HERVADA, que la expone en *Los fines del matrimonio. Su relevancia en la estructura jurídica matrimonial*, Pamplona, 1960, y en *El matrimonio «in facto esse»: su estructura jurídica* («*Ius Canonicum*», 1961, pp. 135-175). «La realidad social matrimonial —nos dice este autor— no está constituida por una mera yuxtaposición de actividades inconexas, porque en este caso no sería un todo unitario, sino una masa de actividades disgregadas, cuya unidad no pasaría de ser meramente conceptual. Por el contrario, la realidad social matrimonial constituye, evidentemente, una entidad que, aunque compuesta, es una verdadera unidad, cuyo principio unificador es el fin común de la sociedad conyugal. Precisamente por esto, el conjunto de actividades matrimoniales es una cooperación en orden al fin común del matrimonio. Pues bien, de esto se deduce que, dada la función informadora que la estructura jurídica tiene sobre la realidad social del matrimonio, a esta unidad social, a esta cooperación, debe asimismo corresponder una unidad jurídica que abarque el conjunto de vinculaciones jurídicas que integran el contenido de la relación matrimonial. Esta unidad jurídica del contenido de esta relación tendrá como principio unificador el mismo que el de la realidad social, es decir, el fin de la sociedad conyugal; por consiguiente, si la realidad social es una cooperación en orden a los fines matrimoniales, es evidente que el contenido de la relación matrimonial será un derecho-deber mutuo y exclusivo a esta cooperación, es decir, un *ius-debitum cooperandi ad matrimonii finem*» (*El matrimonio «in facto esse*», cit., pp. 158-159).

cium» que encierra en sí el «ius in corpus»<sup>2</sup>, el «ius cohabitationis»<sup>3</sup>, el deber de «non facere aliquid contra prolem», los deberes de conservar la unidad y la indisolubilidad, todo, en fin, cuanto se considera que es de algún modo parte de la esencia del matrimonio<sup>4</sup>.

Se hace así más fácil llegar a una visión de conjunto del matrimonio «in facto esse», al que le corresponde ocupar un lugar predominante en toda consideración de la realidad matrimonial —de lo que viene a ser el más autorizado testimonio la atención que se le presta, precisamente desde este punto de vista, en la Constitución «Gaudium et Spes» del Concilio Vaticano II<sup>5</sup>—. Tal vez una excesiva preocupación por el matrimonio «in fieri» —necesaria por otro lado— por parte de los canonistas, desdibujó durante largo tiempo la exposición de los temas de derecho matrimonial canónico, descompensándola en beneficio del análisis técnico del «contrato». Pero, cuando el clima del Concilio y la literatura postconciliar acusan a la canonística de juridicismo excesivo, tan erróneo sería abandonar el tratamiento científico de los problemas

2. Sabido es que la expresión «ius in corpus» es susceptible de ser entendida significando una realidad más o menos amplia, desde el «ius ad copulam» (BERNARDEZ, *Las causas canónicas de separación conyugal*, Madrid, 1961, p. 9) hasta «lo stesso matrimonio in facto esse nella sua essenza» (GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano, 1956, p. 178). Pero estos dos autores, y a fortiori otros varios que utilizan expresiones menos extremas, coinciden en la idea de que el sentido estrictamente técnico del «ius in corpus», que es sin duda el ofrecido por el § 2 del canon 1081 («...ius in corpus... in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem»), no agota la esencia toda del matrimonio, resultando inaceptable la identificación «ius in corpus = vínculo», que una parte importante de la doctrina propone; BERNARDEZ rechaza expresamente esta identificación (ob. cit., pp. 8 y ss.), y GRAZIANI distingue con claridad entre el «ius in corpus» y, por ejemplo, el «bonum prolis» (ob. cit. p. 177) o la «intentio prolis» como «essentialissimum in matrimonio» (ob. cit., p. 190); HERVADA igualmente trata del «ius in corpus» como de un elemento de la relación matrimonial en ella contenido (*El matrimonio «in facto esse»*, cit., p. 145).

Cuando en el texto citamos el «ius in corpus», como un elemento más entre los comprendidos en el «ius-officium cooperandi ad fines matrimonii», es necesario que el lector tenga en cuenta las indicaciones que en esta nota acabamos de hacer; pues de leer mis palabras teniendo ante los ojos el concepto de «ius corpus» = vínculo matrimonial que la doctrina exegética en muchos casos ha propuesto, será difícil entender el sentido con que empleamos los términos.

Pueden verse, a todos estos efectos, DE LA HERA, *Relevancia jurídico-canónica de la cohabitación conyugal*, Pamplona, 1966, donde trato por extenso de aclarar cuanto al concepto de «ius in corpus» se refiere, así como las sugerencias al respecto de DEL AMO, que comentando esta obra señala que en ella se «insiste con razón en la diferencia que media entre el vínculo y el ius in corpus» (*La cohabitación de los cónyuges*, en *Ius Canonicum*, 1967, p. 162).

3. «El ius cohabitationis deberá ser concebido como la expresión jurídica del derecho-deber en que el consentimiento matrimonial convierte la inclinación natural a cohabitar» (DE LA HERA, ob. cit., p. 181).

4. «El ius in corpus y el ius cohabitationis son dos aspectos de un mismo derecho, en el cual se resumen todos los derechos y obligaciones que integran el vínculo matrimonial, a saber: el ius-officium cooperandi ad fines matrimonii» (DE LA HERA, ob. cit., p. 181).

5. Cfr. DE LA HERA, ob. cit., capítulo IV, apartado 4, *La comunidad conyugal en la Constitución pastoral «Gaudium et spes»*.





## INTENTIO CONTRA BONUM PROLIS

jurídicos relativos al matrimonio, que obviamente inciden más que nada sobre el momento constitutivo de la relación conyugal, como cerrar los oídos a las múltiples voces que piden una mayor atención al matrimonio «in facto esse».

En efecto, si interesa ese momento constitutivo, que es el matrimonio «in fieri», es porque de él depende el que la relación conyugal se origine o no; en ese momento se acumulan los más delicados problemas jurídicos matrimoniales; a la vez, el canonista deberá tener ante los ojos en todo caso y sobre todo al matrimonio «in facto esse», a la «situación total que comprende tanto a los sujetos como al contenido, al vínculo y al principio jurídico unificador»<sup>6</sup>, a la «intima communitas vitae et amoris coniugalis»<sup>7</sup>.

Naciendo esta relación jurídica matrimonial del consentimiento de los cónyuges<sup>8</sup>, el legislador se ha visto en la necesidad de regular con cuidado la emisión de este consentimiento, tanto explicando —ad normam iuris naturalis— en qué consista, como señalando los defectos que se oponen de algún modo a su eficacia.

Piénsese, sin embargo, que todo defecto del consentimiento que signifique un óbice decisivo contra su eficacia, deberá nacer de una situación de hecho en que una o dos personas no quieren o no se hallan en condiciones de querer suficientemente el nacimiento entre ellas de un verdadero «ius-officium cooperandi ad fines matrimonii», de una verdadera relación matrimonial: una o dos personas que no quieren, o no se hallan en condiciones de querer, convertirse en marido y mujer según el inmutable plan divino sobre lo que es el matrimonio.

Fijando nuestra atención —como un paso en el acercamiento al análisis del consentimiento desde las perspectivas señaladas— en la voluntad de los contrayentes en orden a la calificación técnica del acto de su manifestación, salta de modo inmediato al primer plano el problema que el legislador ha tratado en el canon 1086: la correspondencia entre la voluntad manifestada y la voluntad interna de los contrayentes.

Si el matrimonio canónico fuese un negocio jurídico formal, la prevalencia de la voluntad manifestada resultaría indiscutible, como de hecho ocurre normalmente en los ordenamientos civiles, que suelen desconocer en esta materia la posibilidad de atribuir eficacia a la simulación del consentimiento. Pero al legislador eclesiástico no le estaba permitido proceder de igual modo, toda vez que «matrimonium facit partium consensus» y no su manifestación; el consentimiento de las partes es una exigencia absoluta, y ninguna potestad humana puede suplirlo<sup>9</sup>. Así que el legislador eclesiástico, cuando se planteó

6. HERVADA, ob. cit., p. 145.

7. *Gaudium et spes*, n. 48, A. A. S., 1966, p. 1.067.

8. Código de Derecho Canónico, canon 1.081; *Gaudium et Spes*, n. 48, cit., p. 1.067.

9. Canon 1081, § 1.

la posibilidad de una disconformidad entre la voluntad interna y la manifestada, estableció —en bien de la seguridad de la vida jurídica— una presunción de correspondencia entre ambas, pero hubo a la vez de aceptar la prueba en contrario, único modo de evitar lo que en otro caso sería una evidente suplencia del consentimiento inexistente.

El canon 1086 resulta, pues, ser la expresión jurídica de la necesidad en que estaba el legislador de atender a la exclusión premeditada de cualquiera de los elementos esenciales sin los que el matrimonio como tal no puede darse, y aún a la ausencia misma de intencionalidad matrimonial en el acto de la celebración de las nupcias. En la búsqueda de la necesaria precisión jurídica, y puesto que el Derecho codificado requiere fórmulas claras que señalen las exigencias legales con la necesaria nitidez, el legislador dibujó en el § 2 de tal canon cuatro supuestos de hecho diferentes: cualquiera de ellos supone una alteración esencial del sentido de las nupcias cuya celebración tiene lugar, una fisura sustancial en la mutua dación y aceptación del «*ius-officium coope-randi ad fines matrimonii*». La doctrina ha llamado a este *caput nullitatis* «simulación»<sup>10</sup>, intentando hacer referencia a la actitud de un sujeto que simula consentir en algo que no desea (el matrimonio tal como está establecido por el Derecho), al contraste entre la voluntad interna y su manifestación.

Pero la misma doctrina, con mayor lógica —puesto que no toda hipótesis de «simulación» puede reducirse a un verdadero consentimiento conscientemente falseado, como aquel término podría sugerir— suele calificar las diferentes especies de simulación del § 2 del c. 1086 como «intenciones»: intención contraria al matrimonio mismo, o a la entrega del derecho al acto conyugal, o a las propiedades esenciales del matrimonio que son, a tenor del c. 1013, la unidad y la indisolubilidad. Esta calificación de «intenciones», si se contempla en su aspecto negativo, se corresponde a su vez con la de «exclusiones», que es precisamente la que el legislador ha utilizado<sup>11</sup>: quien tiene una intención contraria a una propiedad esencial del matrimonio, excluye esta propiedad al contraer. Mediante el término «intentio», que se refiere a la voluntad interna de modo directo, se expresa la realidad íntima del «*caput nullitatis*», la existencia de un consentimiento que quiere algo diferente del matrimonio natural, el propósito de no dar vida sino a una apariencia de negocio jurídico, o a un negocio jurídico esencialmente distinto del negocio jurídico matrimonial.

## II. AUTONOMIA DE LA «*INTENTIO CONTRA BONUM PROLIS*» COMO «*CAPUT NULLITATIS*»

Poniendo en relación los supuestos de hecho de posibles «intenciones»

10. Si bien el legislador no utiliza este término. Vid. un análisis de la oportunidad de la expresión en GRAZIANI, ob. cit., pp. 159 y ss.

11. C. 1086, § 2: «*At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat*



contrarias al matrimonio o a su esencia (tal como han quedado señalados a tenor del c. 1086) con lo dicho anteriormente acerca del «ius-officium cooperandi ad fines matrimonii», sería lógico suponer que aquellos cuatro supuestos (exclusión del matrimonio mismo, de todo derecho al acto conyugal, de la unidad y la indisolubilidad) agotan la totalidad de los elementos que constituyen el citado «ius-officium», ya que, de estar al canon en cuestión, tan sólo estas exclusiones llevan consigo la nulidad del consentimiento «ex capite simulationis».

La duda, a este respecto, se ha planteado en relación con la figura de nulidad que suele denominarse «intentio contra bonum prolis».

El canon 1013 declara, en su § 2, que la unidad y la indisolubilidad son propiedades esenciales del matrimonio: el canon 1086 corresponde integrándolas como supuestos en que la exclusión destruye al consentimiento. Siendo por otra parte ambas propiedades dos de los tres bienes —según la clásica terminología de origen agustiniano— del matrimonio, cabe que nos preguntemos qué ocurre con el tercero, el «bonum prolis», en relación con su exclusión al prestar el consentimiento. Pero el c. 1086 no cita para nada a la prole: su tercer supuesto de nulidad es la exclusión del «omne ius ad coniugalem actum». ¿Debemos entender que el canon no se ocupa de la «intentio contra bonum prolis»? ¿O más bien que el legislador entendía que contra el bien de la prole no cabe otra exclusión esencial que la de la cópula, como parece sugerir la letra estricta del canon? ¿O será preciso estar más a las resultas del canon 1013 que, al señalar en su § 1 como fin primario del matrimonio la «procreatio atque educatio prolis», permite tener de la «intentio contra bonum prolis» (a tenor con su interpretación agustiniana<sup>12</sup>) una visión que sobrepase la mera realización perfecta de la cópula?

La cuestión ha suscitado más de una polémica, y motivado abundante literatura. Si bastantes autores de la escuela exegetica han solido preferir una interpretación atendida a la letra del c. 1086 y por tanto predominantemente contraria a la autonomía de la «intentio contra bonum prolis», tal autonomía ha encontrado enemigos aún más radicales en canonistas que responden a otra orientación científica diferente, como lo son Giacchi y Fedele<sup>13</sup>. La mis-

matrimonium ipsum, aut omne ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit».

12. «In prole ut amanter suscipiatur, benigne nutriatur, religiose educetur» (SAN AGUSTÍN, *De Genesi ad litteram*, IX, cap. 7, n. 12, en P. L., XXXIV, col. 397); cfr. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel Diritto Matrimoniale Canonico*, Firenze, 1952, pp. 51-52.

13. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano, 1950, pp. 78-79: «La intentio contra bonum prolis si ha, secondo la esplicita dizione del can. 1086 par. 2, quando si abbia esclusione di «omne ius ad coniugalem actum».

Molti equivoci possono essere evitati, in questa materia, se si tiene presente questa chiara espressione legislativa. Spesso si ritiene, infatti, che possa essere presa in considerazione, come causa di nullità a questo titolo, la esclusione della prole quando si voglia fermamente e in perpetuo usare mezzi antifecondativi, o procedimenti di elimina-

ma Rota Romana ha venido durante tiempo aceptando tal opinión<sup>14</sup>.

A lo sumo, algunas veces encontramos en la jurisprudencia rotal, o en los manuales exegeticos, una distinción tímida entre diferentes supuestos de exclusión del derecho al acto conyugal, que implica la opinión de que el c.

zione della gravidanza, ecc. Tutto questo, invece, non ha alcun rilievo dal punto di vista giuridico. Il «positivus voluntatis actus» con cui si esclude il «bonum proles», deve avere unicamente per oggetto l'atto coniugale, intendendosi per esso la unione secondo natura e «per se apta ad proles generationem». Compie dunque un matrimonio invalido per questo titolo soltanto il nubente che escluda la unione coniugale naturale con l'altro coniuge; e non ha alcuna importanza se a tale esclusione si accompagni anche la esclusione di qualsiasi contatto sessuale o l'ammissione di rapporti sessuali differenti da quelli naturali e che perciò la Chiesa non può non qualificare come «turpi».

Per la stessa ragione, è da bandirsi decisamente ogni incertezza circa la validità di un matrimonio nel quale uno dei nubenti o entrambi abbiano deliberatamente escluso la educazione cristiana della prole, o anche soltanto l'allevamento materiale di essa o in cui addirittura essi abbiano preventivamente stabilito di uccidere il frutto della loro unione. Dovrebbe essere evidente, benchè il dubbio sia stato formulato da illustri scrittori, che lo «jus ad coniugalem actum», che è l'unico possibile oggetto della «exclusio» di cui al can. 1086 § 2, non ha nulla a che fare con il comportamento che gli sposi intendono assumere successivamente alla nascita della prole e nei confronti di essa. Altro dubbio del tutto ingiustificato, per quanto assai diffuso, è quello che riguarda la validità del matrimonio contratto da una donna che, per non avere prole, si sia sottoposta, prima del matrimonio, ad una operazione di sterilizzazione; è chiaro che la sterilizzazione non ha alcuna influenza sulla unione coniugale naturale per sè considerata così che lo «jus coniugale» può pienamente esercitarsi anche dopo di essa. Queste incertezze della dottrina sono veramente un singolare esempio della confusione che si opera in questo campo tra gli elementi giuridici di cui è costituito il negozio matrimoniale (i quali soltanto possono essere oggetto della «exclusio», rilevante ai sensi del can. 1086 par. 2) e gli elementi religiosi e morali che costituiscono i motivi e le conseguenze sia del matrimonio quale istituto in astratto sia del singolo matrimonio concreto».

FEDELE, *L'ordinatio ad prolem nel matrimonio in diritto canonico*, in «Ephemerides Iuris Canonici», 1957, pp. 135-207, y 1958, pp. 9-48; y *L'ordinatio ad prolem nel matrimonio in Diritto Canonico*, Milano, 1962, cap. IV, *L'esclusione del «bonum proles»*.

14. «Cum matrimonii finis primarius sit procreatio et educatio proles, eiusque essentialia proprietates sint unitas et indissolubilitas (can. 1013), qui prolem, vel indissolubile vinculum, e consensu praestito, per actum positivum voluntatis, excludunt, invalide contrahunt» (S. R. Rota coram Heard, 21.IV.1951, en S. R. R. *Decisiones seu Sententiae*, XLIII, p. 316); «Cum matrimonialis contractus sit actus voluntatis, quo nupturientes sibi mutuo tradunt ius in corpus perpetuum et exclusivum in ordine ad actus per se aptos ad generationem proles, qui positive excludit ipsum ius ad filios procreandos invalide contrahit (cann. 1081, 1086)» (S. R. Rota coram Pinna, 15.VI.1955, en *SRRD seu S.*, XLVII, p. 533); «Qui positivus voluntatis actus specificus, cum in certum tendat finem, sc. in casu in excludendum bonum proles, intentionis nomen subiit... Attende tamen, quod eiusmodi specifica intentio, qua contrahens omne ius ad actum coniugalem exclusisset, quam plurimum confunditur cum intentione foedandi coniugium sive evitando prolem, sive onanistice coeundo» (S. R. Rota coram Janasik, 9.IV.1942, en *SRRD seu S.*, XXIV, pp. 624-625); «Quoniam matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio proles (can. 1013, § 1) et ipse consensus matrimonialis «est actus voluntatis quo utraque pars tradit et acceptat ius in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad proles generationem» (can. 1081, § 2), hinc perspicuum est quod: «...si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat... omne ius ad coniugalem actum... invalide contrahit» (can. 1086, § 2). Positiva enim exclusio omnis iuris ad coniugalem actum, vel ex parte unius tantum contrahentis, evertit ipsum consensum matrimonialem, ideoque contractus non subsistit... Sed ubi sit quaestio de exclusionem boni proles, sedulo attendenda est nota et magni momenti distinctio, utrum



1086, al regular la simulación parcial, contempla más de tres hipótesis<sup>15</sup>. En estos textos hay al menos un preanuncio de la tesis que defiende la autonomía de la «intentio contra bonum prolis» con respecto a la exclusión del «omne ius ad coniugalem actum».

Tesis ésta que, mantenida por diferentes autores, ha encontrado finalmente una decidida aceptación en las sentencias rotales coram De Jorio de 22-VII-1964, 18-XII-1964 y 19-II-1966.

La nueva orientación jurisprudencial, siendo plenamente convincente en su defensa de la imposibilidad de reducir la «intentio contra bonum prolis» al supuesto descrito en el c. 1086 § 2, nos obliga, de un lado, a preguntarnos por la norma codicial a que pueda referirse aquella «intentio», y, de otro, a analizar la oportunidad de una nueva redacción de tal canon, para que no quede fuera del mismo ninguna posible hipótesis de simulación parcial.

### III. «BONUM PROLIS» Y «OMNE IUS AD CONIUGALEM ACTUM».

Que la autonomía propuesta por la sentencia que figura al frente de este comentario, aparece suficientemente fundada, se evidencia tanto en la lectura de la misma como en la de las otras dos citadas. Se decía, en efecto, en la coram De Jorio de 22.VII.1964<sup>16</sup>: «Aperte fatemur nos minime probare ea quae hac de re passim scripta legimus in libris et in sententiis rotalibus. In primis animadvertimus nullitatem matrimonii, ob exclusum ab alterutra

contrahens positive excluserit omne ius ad coniugalem actum, ut vigilanter cautum est in cit. can. 1086, § 2» (*S. R. Rota coram Guglielmi*, 26.VII.1935, en *SRRD seu S.*, XXVII, p. 483); «Ad nullitatem matrimonii sufficit ut positivo actu voluntatis excludatur unum saltem ex eius substantialibus elementis, prout est bonum prolis; quam doctrinam confirmat Codex I. C., can. 1086, § 2» (*S. R. Rota coram Jullien*, 15.VI.1925, en *SRRD seu S.*, XVII, p. 247).

15. Vid. por ejemplo, la sentencia de la *S. R. Rota coram Grazioli*, 24.VII.1935, en *SRRD seu S.*, XXVII, p. 455: «In hac proinde simulatione partiali, in qua simulans habet quidem intentionem contrahendi matrimonium, sed insimul positivam explicitam intentionem sese non-obligandi aliquo modo, quia non vult tradere-acceptare ullum ius in corpus, aut ius in corpus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem aut ius perpetuum aut ius exclusivum, matrimonium invalide contrahitur ob defectum veri consensus matrimonialis». Asimismo GASPARRI, *Tractatus canonicus de Matrimonio*, ed. nova, vol. II, Typis Pol. Vaticanis, 1932, p. 44: «volo contrahere matrimonium, sed nolo tradere alteri parti ullum ius in corpus, aut ius in corpus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem, aut hoc ius perpetuum et exclusivum»; HOLBÖCK, *Tractatus de jurisprudentia Sacrae Romanae Rotae*, Graetiae, 1957, p. 129: «si contrahens excludit vel limitat ius coeundi vel ejus ordinationem ad prolem vel perpetuitatem vel unitatem matrimonii, matrimonium est invalidum»; «porro nullitas matrimonii sequitur ex defectu consensus non solum, quando hic defectus totalis est, sed etiam quando simulatio partialis est, ut in eo, qui ius coeundi alteri concedit, non vero perpetuum, vel perpetuum, sed non exclusivum, vel perpetuum et exclusivum sed non in ordine ad generationem». Casi con estas mismas palabras se expresa la sentencia *S. R. Rota coram Prior*, 31.III.1922, *SRRD seu S.*, XIV, p. 84. (En las citas precedentes los subrayados son nuestros).

16. Vid. en «Il Diritto Ecclesiastico», 1965, fasc. I-II, parte seconda, pp. 26-29.

vel utraque parte bonum prolis, non cogi ex praescripto ac ditione canonis 1086 § 2: "si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat omne jus ad coniugalem actum, invalide contrahit". Nam mulier, quae fir-  
mum «erit propositum vitandi prolem in perpetuum per expulsionem seminis,  
naturali modo immissi in suam vaginam, post copulam, non denegat omne jus  
ad coniugalem actum. Ex eo enim quod semen expellitur post perfectam copu-  
lam, actus no desinit esse conjugalit et per se aptus ad prolis generationem»<sup>17</sup>.

Y en la coram De Jorio del 18.XII.1964<sup>18</sup>, leemos: «non semel monuimus nullitatem matrimonii ob exclusum bonum prolis non cogi ex praescripto can. 1086, § 2, interpretantis jus naturale et positivum divinum. Nam quis potest non solum tradere et acceptare jus in corpus, perpetuum et exclusivum in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem, sed eosdem ponere atque admittere, quin tamen valide contrahat. Mulier enim, quae matrimonium ineat cum intentione copulam ad naturae normam perficiendi sed statim post coitum semen e vagina extrahendi atque abiciendi, non denegat jus in proprium corpus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem, quin etiam neque iuris exercitium seu usum, nihilominus invalide contrahit, quia sine intentione prolis coniugium consistere non potest»<sup>19</sup>.

Sobre esta base desarrolla el mismo Tribunal más por extenso su argu-  
mentación en los interesantes nn. 3 y 4 de la sentencia de 19.II.1966 que se  
inserta en este número de IVS CANONICVM. Constituyen, estos textos ro-  
tales, la recepción por el Tribunal de la doctrina que otros autores venían  
ya con acierto exponiendo<sup>20</sup>, y que incluso podía encontrarse insinuada en  
algunas sentencias más antiguas, como la coram Wynen de 27.II.1947, de la  
que particularmente me ocupé en otro lugar<sup>21</sup>, como posteriormente también  
Graziani<sup>22</sup>: «Comunque vogliano considerarsi le cose, l'intentio contra bonum  
prolis non potrebbe mai ridursi alla fattispecie della exclusio juris ad coniu-  
galem actum in casi estremamente rari qual è quello di chi si proponga, come  
mezzo per conseguire il fine, la soppressione della prole (*abortus, prolis nex*),  
facendo salvo l'uso regolare del matrimonio. Osserva (e forse con ragione)  
l'annotata sentenza che la differenziazione tra le due fattispecie avviene  
anche nei casi tutt'altro che rari del ricorso ad altri mezzi: ad es. ai *venena  
sterilitatis*. Senonchè, mentre, in quest'ultima ipotesi si avrebbe quell'*argumen-  
tum immedietatis* di cui parlava la sentenza coram Wynen 27 febbraio 1947,  
nel ridurre tutti i casi ad un'unica fattispecie, tale argomento per certo di-

17. Lug. cit., p. 27.

18. Vid. en «Il Diritto Ecclesiastico», 1965, fasc. I-II, parte seconda, pp. 29-30.

19. Lug. cit., pp. 29-30.

20. De modo muy particular GRAZIANI (*Volontà attuale...*, cit., pp. 177 y ss.,  
188 y ss.).

21. Vid. DE LA HERA, *Relevancia jurídico-canónica...*, cit., pp. 73-80.

22. GRAZIANI, *Nota* a la sentencia de la S. R. Rota coram De Jorio, 16.II.1966, en  
«Il Diritto Ecclesiastico», 1966, Fasc. I-II, parte seconda, p. 17.



fetta nel caso «raro» il quale di per sè solo basterebbe<sup>23</sup> comunque a distruggere l'unicità della ipotesi. Si è occupato recentemente dell'argomento (sia pure incidentalmente) A. de la Hera ... Egli prendendo le mosse da un'affermazione contenuta nella citata *coram Wynen* ("ad validitatem consensus non sufficit proprium corpus tradere vitae sexuali ad explendam libidinem, sed omnino requiritur ut mulier viro tradat jus ad actus vere coniugalis et ut ipsa suscipiat obligationem ad eosdem actus *cum naturalibus suis consecrariis*"), osserva: "son las cuatro últimas palabras las que resultan reveladoras: según la sentencia, no bastaría para la validez del consentimiento la mutua entrega de los cuerpos en orden a la cópula perfecta —*jus in corpus*— sino que han de quererse igualmente sus consecuencias, y éstas evidentemente no pueden ser otras que la *receptio et educatio prolis*". Ordunque anche nella sentenza *coram Wynen* risulterebbero configurate le due distinte ipotesi: la mancata *traditio* dello jus ad coniugalem actum e la mancata *susceptio obligationis ad eiusdem actus naturalia consecraria*, ossia la rilevanza della *exclusio prolis*, anche qualora non possa parlarsi di *exclusio omnis juris ad coniugalem actum*».

Debe, pues, hablarse de dos capítulos de nulidad diferentes, la «*exclusio omnis iuris ad coniugalem actum*» y la del «*bonum prolis*». El propio Graziari, que sigue esta terminología<sup>24</sup>, identifica la «*exclusio omnis juris ad coniugalem actum*» con la «*esclusione del rapporto fisico*»<sup>25</sup>; en esta referencia a las relaciones físicas puede verse un paralelismo con la célebre «*actio humana*» de la cópula, de tanta tradición en la canonística codicial: dejando de lado las reservas y limitaciones con que esta expresión debe acogerse, me parece acertado en este punto subrayar cómo los defectos que puedan inficionar esencialmente esa parte humana del acto conyugal atentan directamente sólo al «*ius ad coniugalem actum*», mientras que el «*bonum prolis*» se verá destruído también por intenciones que excluyen el normal desarrollo de la llamada «*actio naturae*», hasta el momento del parto («*procreatio sobolis*»), y la subsiguiente recepción y educación, al menos física («*educatio sobolis*»).

La literal sumisión a la letra del c. 1086, tal como éste aparece redactado

23. En la rareza —que no es tal, sino hoy en día todo lo contrario, pues los supuestos antes infrecuentes se están convirtiendo en los más habituales— de los casos en que la «*intentio contra bonum prolis*» no se podría confundir con la «*exclusio omnis juris ad coniugalem actum*», se apoya FEDELE para negar la autonomía de aquella con respecto a ésta (*L'ordinatio ad prolem...*, en «*Ephemerides Iuris Canonici*», cit., p. 206). Con razón sin embargo le contesta GRAZIANI que «se i due casi considerati producono —come sembra certo— l'invalidità del consenso matrimoniale e non possono ridursi alla fattispecie della *exclusio omnis juris ad coniugalem actum*, essi, per quanto vogliano considerarsi fuori dell'esperienza abituale, valgono tuttavia a distruggere l'unicità dell'ipotesi, bastando a dimostrarne la falsità anche un sol fatto con essa incompatibile» (*Nota* a la sentencia de la S. R. Rota *coram De Jorio*, 22.VII.1964, en «*Il Diritto Ecclesiastico*», cit., p. 28).

24. *Volontà attuale...*, cit., pp. 177 y 188.

25. Ob. cit., p. 177.

en el C. I. C., permite en consecuencia un matrimonio en el que existe un auténtico fraude a la ley, al aparecer como posible excluir la ordenación efectiva del matrimonio a la prole. Bien se podría, en efecto, de admitirse la tesis de la reducción del «*bonum prolis*» al texto estricto del c. 1086 § 2, concluir que el legislador *exige* el acto conyugal, pero no la ordenación de éste a la prole<sup>26</sup>, y, si es así, ¿qué sentido tiene mantener esa exigencia? El acto conyugal es esencial en el matrimonio porque el matrimonio está ordenado a la prole, que por tal acto se obtiene; si se puede excluir arbitrariamente la prole en algún momento distinto del propio acto conyugal (mediante determinados anticonceptivos, aborto, o no recepción-educación), ¿qué sentido tiene subordinar el matrimonio a la dación-recepción del derecho al acto conyugal? El acto conyugal tiende a la prole y al «*remedium concupiscentiae*»; si los cónyuges pueden excluir arbitrariamente la prole y si no desean tampoco utilizar el acto conyugal para obtener el «*remedium*», ¿por qué no permitirles excluir también el derecho al acto conyugal, cuando este acto carece ya de toda utilidad, no siendo necesario para el «*mutuum adiutorium*», único fin del matrimonio que en esta hipótesis subsiste? La admisión abierta de las modernas prácticas anticonceptivas sería además, entre otras, consecuencia ineludible del planteamiento ofrecido.

Parece, pues, necesario que el legislador acoja, en una más perfecta redacción del c. 1086 § 2, junto al *caput nullitatis* de la exclusión del acto conyugal, la exclusión del «*bonum prolis*», hipótesis más comprensiva de diferentes atentados a la esencia del matrimonio que la actual del «*omne ius ad coniugalem actum*».

Esta mayor amplitud del «*bonum prolis*» en relación con el «*ius ad coniugalem actum*», tan evidente, nos patentiza la dificultad de encuadrar dentro de los cánones del CIC vigente la «*intentio contra bonum prolis*». Esta «*intentio*» «*non sembra esplicitamente prevista nel Codex*», y generalmente se la «*ritiene assorbita da quella precedentemente considerata ed enunciata dal legislatore del Codex ("si alterutra vel utraque pars ... excludit ... omne ius ad coniugalem actum")*»<sup>27</sup>.

Pero es obvio que esta absorción se hace imposible cuando el medio elegido para evitar la prole sea otro distinto de la exclusión del acto conyugal; por el contrario, mientras que no se puede considerar absorbida a la «*intentio contra bonum prolis*» en la exclusión «*omnis iuris ad coniugalem actum*», sí que se puede estimar que esta exclusión queda comprendida dentro de aquella intención, como una especie de la misma: la exclusión «*omnis iuris ad coniugalem actum*» es, en efecto, un caso de exclusión del bien de la prole, entre los varios posibles. Tenido esto en cuenta, parece evidente que la autonomía de la «*intentio contra bonum prolis*» como «*caput nullitatis*», con respecto al

26. Es decir, una ordenación que exija algo más que la mera realización de la cópula, como ha opinado GIACCHI (vid. nota 13) en estricta interpretación del texto legal.

27. GRAZIANI, ob. cit., p. 188.



c. 1086, no entraña la necesidad de establecer en el futuro dos capítulos de nulidad distintos, uno la «intentio contra bonum prolis» y otra la exclusión «omnis iuris ad coniugalem actum»; considerada ésta como una especie o caso de aquélla, la reforma del Codex, y a ello nos vamos luego a referir, podría considerar conjuntamente —y en una fórmula única válida para todas las especies de «intentio contra bonum prolis»— ambos supuestos en una nueva redacción del texto legal relativo a la nulidad del matrimonio «ex capite simulationis».

#### IV. BASES DE LA AUTONOMIA DE LA «INTENTIO CONTRA BONUM PROLIS»

Dada, pues, la autonomía de la «intentio contra bonum prolis» como «caput nullitatis» distinto de la «exclusio omnis iuris ad coniugalem actum» —lo que por otra parte no es tesis tan innovadora, ya que posee notables raíces doctrinales modernas y clásicas<sup>28</sup>—, se hace preciso, como anteriormente he indicado, determinar las bases positivas (las negativas ya las conocemos) que la vigente legislación ofrece y que permitan tipificar tal «caput» de nulidad.

##### a) *Su relación con el fin primario del matrimonio.*

La sentencia aquí comentada se interroga al respecto, y se inclina por buscar aquella base en el canon 1013<sup>29</sup>, reiterando la tesis ya expuesta por el Tribunal en la del 22.VII.1964<sup>30</sup>: «Nos censemus exclusionem boni prolis invalidare matrimonium, quia proles est finis primarius matrimonii (can. 1013, § 1). Utique necesse non est ut generatio prolis, quamvis ea finis primarius matrimonii sit, directe queratur, quia ex ipsa pactioe coniugali causatur. Sed exclusio eiusdem positivo voluntatis actu vitiat consensum matrimoniale et nuptias invalidat, quia excludit intentionem prolis, sine qua matrimonium esse non potest (S. Th., *Suppl.*, q. XLIX, a. 3, c.). Verba S. Thomae hac nobis interpretanda videntur ratione, quam penes factum deficientiae prolis non invalidat matrimonium, sed positiva voluntas excludendi filios nuptias nullas reddit».

La referencia al fin primario y al c. 1013, para tratar de la «intentio contra bonum prolis», no es rara ni en la jurisprudencia<sup>31</sup> ni en la doctrina<sup>32</sup>, lo que

28. S. R. Rota coram De Jorio, 19.II.1966, n. 4.

29. N. 3.

30. Coram De Jorio, en «Il Diritto Ecclesiastico», 1965, cit., p. 28.

31. S. R. Rota coram Lamas, 17.II.1955, en SRRD seu S, XLVII, pp. 149-152; coram Brennan, 16-VI-1955, en id., id., pp. 539-540; coram Mattioli, 28-II-1951, en id., XLIII, p. 172; coram Bonet, 20-X-1951, en id., id., p. 650; coram Wynen, 10-II-1931, en id., XXIII, pp. 47-48; coram Chimenti, 4-VIII-1922, en id., XIV, p. 253.

32. DE CLERO, *Des Sacrements*, t. II del *Traité de Droit Canonique* de NAZ, 2.<sup>a</sup>

al menos implica ya una inicial superación de la confusión absoluta entre «bonum prolis» y obligaciones directamente referentes al «ius in corpus»<sup>33</sup>. En este camino es sin embargo evidente el progreso que representa la sentencia que comentamos; existen determinados cánones —1013, 1081, p. e.— propedéuticos con relación al resto de los que regulan el matrimonio canónico; la Sentencia del 19.II.1966 deduce del contenido del 1013 un elemento esencial —la «ordinatio ad prolem» en que se resuelve el fin primario— cuya exclusión (aunque el c. 1086 no la recoja) basta para dirimir las nupcias. Como advierte Bernárdez, «la doctrina más común admite la nulidad del matrimonio cuando los contrayentes, aun consintiendo en el derecho a la cópula conyugal, tuviesen la intención positiva de excluir la generación de la prole mediante el empleo, por ejemplo, de métodos anticonceptivos o prácticas abortivas. El fin primario del matrimonio (procreación) exige la ordenación del consentimiento a la prole, como lo confirma el propio can. 1081, § 1, al hablar del derecho al cuerpo en orden a los actos de suyo aptos para la generación». La intención contra la generación desfigura el derecho al cuerpo, que no se concluye con el acto carnal, sino con la destinación objetiva de estos actos a la procreación, la cual no puede ser excluida del consentimiento. Esta es, además, la teoría admitida por la jurisprudencia de la Rota Romana<sup>34</sup>. Pero si bien se encuentra una extensa serie de sentencias rotales que ofrecen de la exclusión del «bonum prolis» una visión más amplia que la que se deduciría del estricto tenor del c. 1086, § 2 —y no faltan, como hemos visto, las que interpretan éste literalmente<sup>35</sup>—, la de 19.II.1966 *coram De Jorio* las sobrepasa al establecer la autonomía de aquella exclusión frente al 1086, y al proponer fundamentarla en el c. 1013, no sólo como referencia al fin primario íntimamente relacionado con este aspecto de la simulación parcial, sino como verdadera fuente legal del «caput», en virtud del derecho natural que en él se declara, y que impone la nulidad del matrimonio contraído con infracción de sus preceptos<sup>36</sup>. No hay duda del progreso sistemático que esta posición representa en comparación con sentencias anteriores.

ed., París, 1954, p. 360; CAPPELLO, *Tractatus Canonico-Moralis de Sacramentis*, vol. V, *De Matrimonio*, Taurini-Romae 1950, pp. 576-577.

33. Vid. por ejemplo, este texto de CANCE (*Le Code de Droit Canonique*, t. second, 8.<sup>a</sup> ed., París, 1951, p. 563) en que la confusión se aprecia con claridad: «Le mariage est encore nul à cause de la simulation lorsque par un acte positif de volonté on exclut du consentement tout droit aux relations conjugales, c.-à-d. on n'accepte pas les obligations matrimoniales concernant les *jus in corpus*; on exclut ainsi le *bonum prolis*. Il faut que le simulateur ait en vraiment l'intention de ne pas prendre les engagements du mariage, de ne pas en accepter les obligations en ce qui concerne le *jus in corpus*, et non pas seulement celle de ne pas tenir ces engagements, p. ex. en pratiquant l'adultère, l'onanisme, l'avortement, en refusant le debitum, etc...».

34. BERNARDEZ, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid, 1966, pp. 251-252.

35. Vid. por ejemplo, S. R. *Rota coram Pecorari*, 12-XI-1941, en *SRRD seu S.*, XXXIII, p. 816: «Tunc tantum matrimonium nullum declarari potest ob exclusam prolem. quando invicte probetur, exclusum fuisse omne ius ad coniugalem actum».

36. «Para declarar la nulidad de un matrimonio no es preciso que el capítulo de



Y así, si Graziani se felicita de que la Rota Romana se haya al fin mostrado permeable a esta postura doctrinal<sup>37</sup>, es porque el Tribunal no hace con ello sino incorporarse a una opinión —la de la insuficiencia del c. 1086 en materia de simulación parcial— que encuentra cada vez más el beneplácito de la doctrina<sup>38</sup>.

b) *El "bonum prolis" como "propiedad esencial"*.

No es, sin embargo, esta opinión la única ofrecida por la doctrina para fundamentar legalmente la «intentio contra bonum prolis», reconocida autónoma de la figura de la «exclusio omnis iuris ad coniugalem actum». Sin negar su directa relación con el fin primario, De Luca ha hecho recurso a otra norma, distinta del c. 1013, para tipificar el «caput nullitatis» en discusión: precisamente al propio canon 1086, pero en otra parte de su texto distinta de la que establece la simulación parcial por exclusión del derecho al acto conyugal. «A mio avviso —escribe el ilustre profesor de Pisa— la rilevanza della *ordinatio ad prolem* dell'istituto matrimoniale e la nullità derivante da un'*intentio* contraria a tale *ordinatio* va rintracciata nell'ultima delle ipotesi previste nel can. 1086, § 2, e cioè nella esclusione di una *essentialis aliqua matrimonii proprietatis*»<sup>39</sup>.

Pero a esta opinión, que ha parecido aceptable a Graziani<sup>40</sup> —quien,

la misma, cuando es de derecho natural, esté explícitamente contenido en un determinado canon» (MIGUELEZ, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, Madrid, 1963, II, p. 622, n. 41).

37. «L'affermazione dell'autonomia della *exclusio prolis*, si da doversi considerare un'ipotesi di invalidità del consenso matrimoniale distinta dalla *exclusio omnis iuris ad coniugalem actum*, trova nella sentenza annotata e in quella che segue [coram De Jorio de 18-XII-1964] un valido conforto» (GRAZIANI, *Nota* a la sentencia *coram De Jorio* de 22-VII-1964, en *Il Diritto Ecclesiastico*, cit., p. 27).

38. «Más o menos al margen del canon 1086, puede establecerse que hay exclusión del bien de la prole en la conclusión del contrato matrimonial cuando de él entran a formar parte, introducidos por los contrayentes, elementos modificativos del consentimiento, que tengan por finalidad impedir que se produzcan hijos en el matrimonio. A esta finalidad tiende: 1) el excluir el derecho a la cópula perfecta, a lo cual se equipara el asumir e imponer la obligación de practicar la cópula onanística; 2) el compromiso de impedir que de la cópula perfecta se siga la fecundación; 3) el de impedir que el feto llegue a su desarrollo normal y sea alumbrado en estado viable. *El negar el derecho a la cópula perfecta vicia sustancialmente el consentimiento por excluirse el objeto formal del contrato. Las otras dos clases de exclusión o restricción constituyen vicio sustancial del consentimiento por excluir el fin esencial del matrimonio*»; «la nulidad del matrimonio en los casos de exclusión de la fecundación o del alumbramiento normal habrá de declararse, *no en virtud del canon 1086 § 2* —el cual, por otra parte, es puramente declarativo del derecho natural—, *sino en virtud de otros principios trascendentes*» (MIGUELEZ, ob. cit., pp. 621 y 622 n. 41). El subrayado es nuestro.

39. DE LUCA, *Un singolare caso di esclusione del "bonum prolis"*, en «*Ephemerides Iuris Canonici*», 1962, p. 462.

40. «Sembra più che legittimo configurare l'*ordinatio ad prolem*, insieme con l'unità e indissolubilità, una *propietas* nel matrimonio canonico» (GRAZIANI, *Nota* a la Sentencia *coram De Jorio* de 22-VII-1964, cit., p. 28, n. 6).

como veremos, había a su vez defendido otra diferente—, creo que no puede llegarse sino mediante una extensión del concepto de propiedad del matrimonio que sobrepase el sentido técnico con que lo utiliza el c. 1013, § 2. Las propiedades del matrimonio, a tenor de este canon, son dos, y el legislador parte de tal supuesto al redactar el resto de los cánones del Tit. VII, Pars Prima, Lib. III. Sólo haciendo recurso a una noción lata de las propiedades del matrimonio será posible —y en ese caso con acierto— decir que la «*intentio contra bonum prolis*» dirime el matrimonio por significar la exclusión de una propiedad esencial del mismo como es la «*ordinatio ad prolem*»; pero, entonces, no deberá referirse el «*caput nullitatis*» al texto del c. 1086, § 2; pues la frase «*aliquam matrimonii proprietatem*» de este canon hay que entenderla según el c. 1013, es decir, como que el legislador la utiliza para referirse estrictamente a las propiedades que él mismo señaló para el matrimonio. La exclusión de una propiedad —la *ordinatio ad prolem*— no tipificada como tal en el texto legal, significaría entonces la nulidad del matrimonio *ipso iure naturae*.

Nótese, no obstante, que el c. 1086 § 2 pudo citar expresamente la unidad y la indisolubilidad; el hecho de que se refiera genéricamente a «alguna propiedad» —y habida cuenta de que el c. 1084, que también trata de las propiedades, enumera las dos clásicas en lugar de hacer una referencia general— puede también entenderse como que el legislador tuvo presentes, por propiedades, los «*bona matrimonii*», que son precisamente el «*bonum prolis*» y la unidad e indisolubilidad. Así lo entiende De Luca, y, en relación con la tesis antes citada que relaciona toda esta materia con el fin primario, puede recordarse que el c. 1013 no cita a los bienes, pero en el sentir de todos los autores recoge expresamente uno de ellos en su § 1 y los otros dos en el § 2.

Estas consideraciones, si no resuelven toda duda sobre la viabilidad de la opinión de De Luca, ponen de relieve que tampoco es de todo punto inaceptable. La entiendo, junto con la de las sentencias *coram De Jorio* citadas y con otras a que voy a referirme, como valiosos esfuerzos de la canonística por superar una evidente limitación del Codex, en la línea en que trato de mantener la crítica al c. 1086. De ella pueden extraerse, y así lo procuraremos, interesantes enseñanzas.

### c) *Exclusión del bien de la prole y simulación total.*

Graziani, al recoger la tesis de De Luca, no deja de recordarnos otra suya de no menor interés: «La questione poi se i detti casi debbano sussumersi sotto la fattispecie della *exclusio matrimonii ipsius* o, come ritiene De Luca, sotto la fattispecie della *exclusio essentialis alicuius matrimonii proprietatis*...»<sup>41</sup>. El profesor de Messina había en efecto, en 1956, razonado que

41. Ob. cit., p. 28.



«neppure è da dirsi, che, per configurare l'*exclusio prolis* come fattispecie autonoma, rispetto alla *exclusio juris ad coniugalem actum*, non ci possa fondare sulla base testuale del can. 1086 § 2: la formola "*exclusio matrimonii ipsius*" è invero bene idonea ad abbracciare, oltre la fattispecie della simulazione assoluta, anche la fattispecie della *intentio contra bonum prolis*, in quanto una società intersessuale, che s'instauri come perpetua ed unitaria, ma con la positiva volontà di privarla del *bonum prolis*, non è matrimonio»<sup>42</sup>.

Se apunta aquí al problema de la distinción entre simulación total y parcial; distinción que, aunque basada para el derecho vigente en la redacción del c. 1086 § 2, dista mucho de presentarse siempre en la práctica con la necesaria claridad<sup>43</sup>. El canon habla de exclusión del matrimonio mismo —simulación total—, y la doctrina suele entender en estas palabras la hipótesis de quien no desea el matrimonio que celebra, de quien quiere la celebración pero no el matrimonio. Sin embargo, la misma simulación total —advierde Graziani— en cuanto que consiste en la exclusión directa del «status» matrimonial, implica de modo necesario la exclusión de los elementos esenciales del mismo matrimonio, de modo que comprende todas las especies de simulación parcial; y, por otra parte, en los supuestos de simulación parcial, si quien excluye conoce la cualidad esencial del elemento excluido, entonces es consciente de que no realiza un verdadero matrimonio, y por tanto la simulación parcial se convierte en total<sup>44</sup>. Tal realidad se evidencia si se piensa que, al no ser el matrimonio un contrato cuya esencia haya quedado a la libre decisión de las partes, la modificación consciente de la misma se resuelve en un consentimiento que voluntariamente deja de recaer sobre el matrimonio<sup>45</sup>: éste no se quiere, y sí sólo su apariencia inducida por la forma. Alguna sentencia rotal ha acogido tan plenamente esta doctrina, que de hecho se borran en ella los límites entre ambas clases de simulación<sup>46</sup>.

42. GRAZIANI, *Volontà attuale...*, cit., p. 192.

43. «Distinctio inter simulationem totalem et partialem saepe est tantum theoretica. Siquidem in praxi non raro accidit ut is, qui apparenter partialem dumtaxat simulationem committit, reapse totaliter simulet matrimonium» (HOLBÖCK, ob. cit., p. 130).

44. GRAZIANI, Ob. cit., p. 172: «La simulazione totale, comportando l'esclusione diretta dello *status* matrimoniale, implica necessariamente l'esclusione dello *jus in corpus*, nei tre singoli elementi che ne integrano l'essenza; la cosiddetta simulazione parziale, implicando —se è vera simulazione— la conoscenza della qualità *essenziale* dell'elemento escluso, si risolve nella simulazione totale, anche qualora la volontà del simulante si sia atteggiata alla guisa delle singole fattispecie legali configurate nel can. 1086 § 2».

45. HOLBÖCK, ob. cit., p. 129: «Homo nequit hanc matrimonii naturam immutare aut sacrum foedus inire, nisi ejus voluntatis actus in contrahendo amplectatur totam matrimonii essentiam».

46. S. R. Rota coram Wynen 13-IV-1946, en *SRRD seu S.*, XXXVIII, p. 224: «Directe excludunt ipsum matrimonium ii qui tantum externe et fide verba consensum manifestantia pronuntiant, cum reapse detrectent matrimonium verum inire, cum renunt suscipere in se obligationes cum matrimonio connexas, cum denegent comparti quaevis iura ex matrimonio emanantia. Qui ita agere audent, totaliter simulant consensum matrimonialem, et, uti per se patet, invalide contrahunt». Vid. también S. R. Rota coram Wynen, 29-IV-1939, en *SRRD seu S.*, XXXI, p. 253.

Si aceptamos esta tesis, en el sentido de que la diferencia entre simulación total y parcial radica sobre todo en la ciencia que sobre su acto posee quien excluye, de modo que simula totalmente —excluye el matrimonio mismo— aquel que sabe que su negativa a aceptar el matrimonio o tal elemento esencial del mismo comporta la nulidad, mientras que simula parcialmente quién desea el matrimonio pero no uno de sus «bona», creyendo celebrar válidamente las nupcias que por tanto acepta aunque de modo ineficaz, entonces no hay objeción que hacer a introducir la «intentio contra bonum prolis» como una especie de la simulación total, según la propuesta de Graziani. En efecto, así las cosas, no obsta a la fundamentación legal del «caput» por «intentio contra bonum prolis» en el c. 1086 § 2 el hecho de que éste no lo cite: al hablar de la simulación total, el legislador no especificó forma alguna de excluir el matrimonio mismo, y, al no especificar ninguna, las incluyó todas.

¿Puede admitirse la misma tesis para los casos en que el contrayente ignore la nulidad que nace de su «intentio contra bonum prolis»? En otras palabras ¿puede decirse que excluye el matrimonio mismo quien desea verdaderamente contraerlo aunque no lo haga por privarlo de una cualidad cuya fuerza dirimente ignora? Si nos inclinamos por una contestación afirmativa, entonces la simulación parcial no existe: toda exclusión de un elemento esencial del matrimonio se resuelve en exclusión del matrimonio mismo; pues de las nupcias sin «omne ius ad coniugalem actum», sin unidad o indisolubilidad, bien puede decirse lo que Graziani afirma de una sociedad que se instaure con la positiva voluntad de privarla del «bonum prolis»: no son un matrimonio <sup>47</sup>.

Adviértase, sin embargo, que la fuerza de la objeción proviene tan sólo de la redacción actual del c. 1086 § 2, y que es esta redacción la que los autores tienen puesta en tela de juicio, hasta el punto de que un canonista tan cuidadoso del respeto al Codex como lo es Miguélez exponga la doctrina acerca de la «exclusio boni prolis» «más o menos al margen del canon 1086» <sup>48</sup>. Para determinadas hipótesis, al menos, el c. 1086 permite defender la subsunción de la «intentio contra bonum prolis» en la simulación total, sin violentar el sentido del texto legal; en otros casos ello no puede tan fácilmente hacerse. Una razón más, pues, para la crítica a la redacción codicial del precepto que regula el «caput simulationis».

## V. LA INTENCION CONTRA LA SUBSTANCIA DEL MATRIMONIO.

La característica común que une a las tres hipótesis de simulación par-

47. Ob. cit., p. 192.

48. Vid. supra, nota 38.



cial recogidas en el c. 1086, entre sí y con la cuarta hipótesis de la «exclusio boni prolis», es la de consistir todas ellas en intenciones contrarias a la substancia misma del matrimonio. Precisamente su radical oposición a la substancia es lo que ha abierto a la «exclusio boni prolis» las puertas para integrarse entre los capítulos de nulidad, aunque el c. 1086 no la cite de modo expreso.

Que el c. 1086 es declarativo del Derecho natural lo admite también pacíficamente la doctrina. Pero, como hasta aquí hemos expuesto, no declara la totalidad del Derecho natural, habiendo obligado a los jueces y autores a buscar en el propio «ius naturae» o en lugares paralelos del Código el modo de suplir sus lagunas.

a) «*Intentio vel conditio*».

Entre estos lugares paralelos del c. 1086, hay uno que lo es de manera particular: el c. 1092, núms. 1 y 2. La relación existente entre ambos cánones es la que se da entre la intención y la condición contra la substancia del matrimonio. En el c. 1092, el legislador ofrece una fórmula amplia —«*conditio ... contra matrimonii substantiam*»— mientras que se ha mostrado restrictivo en el 1086. ¿Son acaso, ad mentem legislatoris, menos las hipótesis de nulidad por intención que por condición contra la substancia? No hay razón para ello. Y la doctrina, en consecuencia, se ha visto obligada a desbordar el tenor del c. 1086 para fijar las clases de posibles nulidades por simulación parcial.

¿No sería útil en este punto referir el contenido del c. 1086 al del 1092? Es decir, vistas las dificultades que presentan las posibles remisiones al c. 1013, a la simulación total y a las propiedades esenciales para tipificar legalmente la «intencio contra bonum prolis», ¿tendríamos mejor fortuna recurriendo a este propósito al c. 1092?

La ventaja de éste radica en que en él sí que poseemos una fórmula que permite subsumir en ella todas las posibles condiciones que limiten uno de los elementos esenciales del matrimonio, que es precisamente lo que se echa de menos en el c. 1086.

Obstáculo para la remisión sería la diferente materia que ambos cánones regulan, o, en otras palabras, la dificultad de subsumir la «intencio contra bonum prolis» en un canon que trata no de «intenciones» sino de «condiciones».

Pero esta dificultad es sólo aparente. La propia jurisprudencia y la doctrina nos tienen acostumbrados a una locución que se ha hecho frecuente: «*intencio vel conditio contra matrimonii substantiam*». Late en tal fórmula un problema de exégesis del c. 1092, que podríamos fijar en estos términos: ¿es la «*conditio contra matrimonii substantiam*», de la que se ocupa el c. 1092, una verdadera condición? Obsérvese que, de entre las condiciones recogidas en el canon, ésta es la única de la que puede decirse que «*matrimonium reddit*

invalidum»; las demás, o se tienen por no puestas o condicionan efectivamente la validez del matrimonio a su cumplimiento, que es el verdadero efecto de una condición. No sólo las llamadas normalmente condiciones propias (las de futuro incierto) tienen este efecto; también las impropias de pasado o presente (a las que no sin reservas se aplica el título de condiciones) poseen sobre el matrimonio un verdadero efecto condicionante, sometiéndolo en su existencia a la existencia o no de la condición. Por el contrario, quien somete su matrimonio a lo que llama el c. 1092 una condición de futuro contra la substancia, no somete la validez de su consentimiento al cumplimiento de hecho alguno, sino que automáticamente destruye el valor del «consensus», nótese bien, no de resultados de que el hecho futuro tenga o no lugar, sino de resultados de querer, en el momento del «in fieri», un matrimonio substancialmente alterado.

¿En qué se diferencia esta llamada «conditio» de la «intentio»? ¿Hasta qué punto es «conditio», si la nulidad no proviene del hecho condicionante, sino del propio consentimiento condicionado?

La doctrina no ha podido menos de detenerse en constatar tal anomalía legislativa<sup>49</sup>. «Haec conditio —leemos en una sentencia rotal de 1919 (advértase su proximidad a la promulgación del Codex)<sup>50</sup>—, quae non est vera et propria conditio, sed potius voluntas contraria substantiae matrimonii, duplici modo intelligi potest deducta in pactum. Primo nempe, si unus e contrahentibus alteri dicat: contraho tecum si generationem prolis evites, et alter acceptet, atque sub eadem conditione contrahat, tunc enim contractui specie tenus matrimoniali adiicitur seu apponitur aliud pactum, quod verum et proprium consensum matrimonialem in utraque parte destruit et adimit. Altero modo, si consensus unius tantum e contrahentibus alligatus sit huic conditioni ita ut positivo actu excludat omne ius ad coniugalem actum: tunc enim quamvis coniuges inter se non paciscantur de evitanda prole, tamen aequae deficit consensus matrimonialis C. I. C., can. 1081, par. 2 et 1086, par. 2».

La diferencia entre «intentio» y «conditio» en este campo es pues meramente formal: «actus positivus et conditio non differunt quoad substantiam et effectum: differunt quoad formam et probationem»<sup>51</sup>; propiamente, la condición lo que añade a la intención es facilitar la prueba, por ser más patente

49. Cfr. STAFFA, *De conditione contra matrimonii substantiam*, Romae, 1955, pp. 8-10.

50. S. R. *Rota coram Sincero*, 31-X-1919, en *SRRD seu S*, XI, p. 146. Esta sentencia examina en tercera instancia una causa vista en segunda instancia por otro turno rotal, en fecha anterior al Código (*coram Prior*, 10-XII-1914, *SRRD seu S*, VI, pp. 339 y ss.); vid. su *In iure* (pp. 340-342) para el tratamiento jurisprudencial del tema durante la vigencia del Derecho precodicial.

51. S. R. *Rota coram Sabattani*, 30-VI-1955, en *SRRD seu S*, XLVII, p. 593. Vid. también, en el mismo sentido CONTE A CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, vol. III, *De Sacramentis*, Taurini, 1945, pp. 696-697.



aquella que ésta <sup>52</sup>. Los autores, al interpretar el c. 1092, describen los diferentes supuestos de condición contra la substancia con las figuras de «intenciones» recogidas en el c. 1086 <sup>53</sup>, o de modo expreso se refieren también a la ordenación a la prole exigida por el fin primario, desbordando los límites del c. 1086 como lo hemos hecho a lo largo de estas páginas <sup>54</sup>.

Sin embargo, la diferencia formal existente constituye una verdadera barrera en los casos en que la «intentio» se mantenga en la esfera de la no manifestación, y, aún manifestada, cuando no llegue a verse propuesta como condición. En tales supuestos, el c. 1092 permitirá por analogía ser traído a colación a la hora de justificar la nulidad por «intentio contra bonum prolis», dado que el Codex no la menciona expresamente; pero no cabe en cambio decir que tal intención está implícitamente recogida en el c. 1092, pues si bien es «contra substancia matrimonii», no es en cambio «conditio», por más que éstas no tengan en nuestro caso de tales sino la forma.

¿Hasta qué punto convendría seguir manteniendo la presente legislación, con sus condiciones contra la substancia, figura que «analogice tantum in iure nostro vocatur conditio» <sup>55</sup>, y la ausencia de una norma clara que regule la nulidad por «intentio contra bonum prolis»?

b) «*Intentiones contra matrimonii substantiam*».

Un camino que puede proponerse en este punto, sería el de modificar la redacción del c. 1086 § 2, sustituyendo la enumeración actual de supuestos —que ya sabemos que es incompleta— por una frase similar a la del c. 1092: «intenciones contra matrimonii substantiam». Del c. 1092 no cabe hablar aquí, sometido como está a críticas de todo tipo, y dadas las experiencias que la Santa Sede pueda haber recogido de la norma que al respecto adoptó para los orientales mediante el M. p. «*Crebrae allatae sunt*». Pero, salvo que en la futura reforma del Codex se prohibiese absolutamente el matrimonio bajo condición, puede también pensarse en la oportunidad de separar de las demás la condición analógica contra la substancia, estableciendo, en un canon que

52 Vid. la *Sententia rotal coram Lamas*, 17-II-1955, en *SRRD su S*, XLVII, p. 151: «Aliunde, quod non requiratur ut exclusio induat speciem conditionis, apparet ex distinctione, in doctrina et iurisprudencia iam pacifica, inter intentionem et conditionem contra substantiam matrimonii ut vitia consensus similia quidem, sed minime indistincta. Intentio enim latius patet quam conditio».

53. La condición de futuro contra la substancia del matrimonio «est illa quae excludit vel *ipsum ius* in corpus alterius in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem, vel *aliquam matrimonii proprietatem*, perpetuitatem nempe vel unitatem, quae et fidelitatem comprehendit» (GASPARRI, ob. cit., p. 79). En el mismo sentido, CAPPELLO, ob. cit., pp. 608-609: «Huismodi conditio, saltem reductive, est semper et necessario de futuro, et habetur quando utraque pars vel alterutra positive excludit 1.º *ipsum matrimonium* sive explicite sive implicite; vel 2.º *ius in corpus* in ordine ad prolis generationem; vel 3.º *aliquam proprietatem essentialem* matrimonii».

54. Cfr. MIGUELEZ, ob. cit., p. 645.

55. STAFFA, ob. cit., pp. 9-10.

sustituyese en parte al 1086, la nulidad por «*intentio vel conditio contra matrimonii substantiam*»: esta fórmula substituiría a la actual enumeración de supuestos de simulación parcial del § 2 del c. 1086 y al núm. 2 del c. 1092; su inclusión en el Código no prejuzga la solución que se dé a los problemas que la simulación total plantea, pues obviamente tal fórmula afecta tan sólo a la parcial; y obliga a separar en dos cánones distintos —lo que sistemáticamente es también muy de desear— los actuales §§ 1 y 2 del c. 1086. Un canon para la presunción de conformidad entre voluntad interna y manifestada; otro para la exclusión del «*matrimonium ipsum*», y otro para la «*intentio vel conditio contra matrimonii substantiam*», tal sería la solución sistemática capaz de resolver doctrinal y prácticamente bastantes de los problemas que nacen del actual c. 1086.

c) *Una exigencia de carácter pastoral.*

Una dificultad nace de la generalidad de la fórmula. Pero es una dificultad pastoral, no técnico-jurídica.

En efecto, muchas más dudas han experimentado la doctrina y la jurisprudencia en la interpretación del texto utilizado en el c. 1086 que en el de la «*conditio contra matrimonii substantiam*» del 1092, de tal modo que podemos afirmar que el legislador procedió con mayor acierto al redactar el núm. 2 del c. 1092 que el § 2 del c. 1086. Qué sea la substancia del matrimonio es algo en lo que el legislador puede sentar criterios claros, y los puntos de duda (temporalidad o perpetuidad de la exclusión de la prole, eficacia dirimente de determinadas exclusiones de los hijos mediante actos que no vician el acto conyugal, diferencia entre el derecho y su ejercicio) no ha venido precisamente el c. 1086 a colaborar en su solución. Estimo, por tanto, que el cambio de la imperfecta —y no poco causante de nuevas dudas— fórmula del c. 1086, por la declaración de la nulidad procedente de la exclusión de cualquier elemento esencial del matrimonio, técnicamente resultaría a la larga preferible.

En cambio, habrá de tenerse en cuenta una dificultad pastoral. Si el Código, en efecto, está redactado para los fieles y no sólo para los canonistas, una cosa es que sus fórmulas tengan un sentido jurídico que sólo el técnico en Derecho de la Iglesia estará en condiciones de interpretar con profundidad y acierto, y otra que sea aconsejable recurrir en sus textos a expresiones de significación tan estrictamente técnica que resulten incomprensibles para el fiel que debe observar las normas. Desde este punto de vista, podría preferirse una enumeración, siquiera indicativa, de supuestos. Pero a este mismo resultado podría llegarse mediante la fórmula del c. 1092 —*contra matrimonii substantiam*— si previamente, en los cánones propedéuticos que desempeñan la función confiada en el Codex a los cc. 1013 y 1081, p. e., el legislador expusiese en términos claros y expresos, precisando el Derecho natural, aquellos elementos que, de tal modo integran el matrimonio que Dios instituyó, que con propiedad puede decirse que constituyen su esencia. Punto éste en



verdad importante, pues precisada la esencia, se clarifican las discusiones en torno a qué es inmutable en el matrimonio, y qué en cambio puede en él modificarse según las innegables exigencias del desarrollo de la vida social. Sólo la exclusión de elementos inmutables, y, por supuesto, la ausencia de «voluntas contrahendi», llevarían lógicamente consigo la fuerza dirimente de la simulación.

## VI. «BONUM PROLIS» Y SUBSTANCIA DEL MATRIMONIO.

No querría terminar estas líneas sin referirme a este mismo concepto de «sustancia del matrimonio», que hemos visto se encuentra en el centro mismo del problema tratado. Referencia breve, si se tiene en cuenta que en cuatro trabajos anteriores me he ocupado de algún modo del tema<sup>56</sup>, lo que me dispensa de descender de nuevo a detalles.

### a) *El matrimonio como sociedad: conocimiento e intencionalidad en el «consensus».*

La sustancia del matrimonio que interesa fijar es naturalmente la sustancia jurídica, de manera que el inicial acuerdo de los autores al respecto no se esfume en consideraciones de exclusivo sentido teológico; éstas son las bases ineludibles del Derecho de la Iglesia, pero deben precisarse en términos jurídicos que expresen con la nitidez posible el Derecho natural. En este sentido, la «intentio contra bonum prolis» —cuya extensión es el principal campo de análisis, existiendo unanimidad en torno a la perfecta realización de la cópula, la unidad y la indisolubilidad— la debemos contemplar en una doble relación: con el fin primario y con el c. 1082, que expresa aquello que los cónyuges deben saber, «ad validitatem», sobre el matrimonio.

El fin primario posee una extensión que abraza desde el acto conyugal hasta la «receptio atque educatio», y no son pocos los problemas que la enseñanza conciliar acerca de la paternidad responsable, y la postura que la Iglesia llegue a adoptar en torno a la candente cuestión de la limitación de la natalidad, van a ofrecer al canonista, y en especial a aquéllos que deban revisar la legislación vigente, a la búsqueda de fórmulas que encaucen con la necesaria exactitud técnica la enseñanza magisterial.

El c. 1082 plantea, en relación con el consentimiento matrimonial y su validez, una cuestión de conocimiento, y el 1086 una cuestión de voluntad. Pero fijémonos en el tenor del § 1 del c. 1082: los contrayentes deben saber

56. Vid. DE LA HERA, *La cohabitación de los cónyuges*, cit.; *Relevancia jurídico-canónica de la cohabitación conyugal*, cit.; *El supuesto de hecho del c. 1082, § 1: «ignorata natura matrimonii»*, en «Ivs Canonicvm», 1964, pp. 533 y ss.; *Sobre la significación del amor en la regulación jurídica del matrimonio*, en «Ivs Canonicvm», 1966.

que el matrimonio es una sociedad permanente entre varón y mujer para procrear hijos. En líneas generales, la «permanencia» del c. 1082 tiene en la «indisolubilidad» del c. 1086 su paralelo en el orden de la simulación; el «entre varón y mujer» (un varón y una mujer), lo tiene en la «unidad»; el «ad filios procreandos», lo tiene en el «ius ad coniugalem actum», y, más allá, en la «intentio contra bonum prolis»<sup>57</sup>; pero, en cambio, ese conocimiento de que el matrimonio es una «sociedad» no parece encontrar reflejo, ni aun anológico —referencia a los cc. 1013 y 1092—, en el c. 1086 al tratar de la simulación; así que puede parecer que los cónyuges deberán saber que el matrimonio es una sociedad, pero que no obsta a la validez del consentimiento el que excluyan ese carácter social del matrimonio.

El equívoco que esta consideración nos revela es patente: obviamente carece de sentido exigir —ad validitatem— el conocimiento de una característica del matrimonio, la cual pudiera eficazmente excluirse a la hora de contraer. La hipótesis de quien se propusiera dar y recibir el derecho —exclusivo y permanente— al cuerpo del otro cónyuge, pero sin constituir una sociedad conyugal —una «communio omnis vitae»— sería así posible, pese a que reduce en la práctica la «intentio contra bonum prolis» a la «intentio contra copulam», y elimina paralelamente en medida notable la tendencia a los fines secundarios; tal matrimonio no será una «sociedad permanente para procrear hijos», sino un «derecho mutuo permanente a procrear hijos», lo que es muy distinto; la diferencia entre «sociedad para» y «derecho a» no debe desde luego minusvalorarse.

Esta relevancia del aspecto social del matrimonio se traduce, desde el punto de vista jurídico —hemos llegado a establecerla por un camino jurídico—, en relevancia jurídica del matrimonio in facto esse en el in fieri. Sería una deformación aislar éste de aquél, olvidando que el matrimonio in fieri existe en función del in facto esse. La exigencia de conocimiento de la esencia del matrimonio in facto esse que establece el c. 1082 comporta una exigencia de intencionalidad en el in fieri.

b) *Alcance de las fórmulas «intentio contra bonum prolis»  
e «intentio contra matrimonii substantiam».*

Consideración que nos lleva a plantearnos estas preguntas: ¿basta la fórmula «intentio contra bonum prolis» para expresar cuánto de esencial

57. La estrecha relación entre el c. 1082 y los bienes del matrimonio, que aquí expongo a tenor de cuanto tuve ocasión de exponer en mi artículo *El supuesto de hecho...*, cit., aparece señalada en la jurisprudencia, por ejemplo, en la *Sentencia rotal coram Bonet*, 28-II-1955, *SRRD seu S*, XLVII, p. 183: «simplex error enim circa matrimonii bona essentialia consensum non vitiat, dummodo in ignorantiam de qua in can. 1082 non convertatur». Vid. también, al respecto, ADAMI, *Contributo alla dottrina canonistica in tema di oggetto del consenso matrimoniale*, en «Il Diritto Ecclesiastico», 1966, parte I, especialmente pp. 35 y ss.



existe en la ordenación del matrimonio a su fines en cuanto sociedad? ¿no será acaso incluso corta la fórmula «intentio contra matrimonii substantiam», si se quiere expresar la radical adecuación entre la ciencia —ad validitatem— de los cónyuges sobre el matrimonio y su intencionalidad al contraerlo?

Ya en otra ocasión escribí que bastaba el «caput nullitatis» por «intentio contra bonum prolis» si se entiende que «entraña tanto la exclusión del ius in corpus como la exclusión radical del «ius cohabitandi», en cuanto ésta significa la exclusión del «ius-officium cooperandi ad fines matrimonii»<sup>58</sup>; con ello pretendía señalar que la cohabitación de los cónyuges («comunitas omnis vitae» en sentido jurídico) es esencial en el matrimonio, de modo que quienes lo contraen excluyéndola no se otorgan el derecho-deber de cooperar a los fines del matrimonio, no constituyen una «sociedad», y por tanto lesionan substancialmente el matrimonio y lo hacen nulo; y pretendía también señalar que esta «sociedad» se encuentra radicalmente ordenada a la prole, es decir, consiste en la instauración de una «communitas coniugalís» en la que los cónyuges unen sus cuerpos y sus vidas, creando el ambiente social que por voluntad divina es el adecuado para recibir la prole (el carácter de «ordenación a» permite constituir esa sociedad aunque la prole efectivamente no llegue) y en el que ellos mutuamente se completan. Y la ordenación a la prole, al dar razón de ser a la «societas permanens inter virum et mulierem» («societates sunt ut fines»), permite que la exclusión de la misma «societas», del «ius cohabitationis» como expresión jurídica del derecho-deber al «consortium omnis vitae», quede desde un punto de vista técnico suficientemente expresado en la fórmula «intentio contra bonum prolis»<sup>59</sup>.

Pero si pudiera encontrarse una cierta resistencia de esta fórmula a verse dotada de un significado tan amplio —no por sí misma, sino por la doctrina que durante tanto tiempo le ha dado un sentido más limitado— no ocurre igual con la otra redacción del c. 1086, antes defendida: «intentio contra matrimonii substantiam».

En efecto, el matrimonio in facto esse ocupa hoy en día el primer plano de la atención del legislador eclesiástico y de la doctrina. El sentido jurídico de su aspecto social, tal como lo venimos exponiendo<sup>60</sup>, no puede llevar al canonista, que trata de fijar el contenido esencial del consentimiento, más allá de la substancia misma de las nupcias, entendida por supuesto en toda su

58. DE LA HERA, *Relevancia jurídico-canónica...* cit., p. 170.

59. Vid., en este mismo número de «Ivs Canonicvm», DEL AMO, ob. cit., n. 11, donde manifiesta su acuerdo sustancial con esta tesis en torno al sentido de la «intentio contra bonum prolis».

60. «La vida común de lecho, mesa y habitación sólo es una descripción limitada de la cohabitación, dado que el contenido de ésta es mucho más rico: es un medio amplísimo y necesario para la realización de los fines del matrimonio, medio estrechamente relacionado también con las propiedades y los bienes del matrimonio», escribe DEL AMO compendiando acertadamente unas palabras mías que recoge en su ob. cit., n. 11.

realidad, lejos de las anteriores concepciones limitativas del contenido esencial del matrimonio al «*ius in corpus perpetuum et exclusivum*». De ahí la aptitud de la fórmula del c. 1092 para reflejar, en su compleja realidad, todas las exigencias substanciales que el matrimonio *in facto esse dicta* —si se nos permite la expresión— al *in fieri*. Con ello se respeta la doctrina tradicional de la canonística; se abren las puertas de la codificación, también, a conquistas de la teología que expliquen mejor, si ello se consigue, la naturaleza esencial del matrimonio; se mantiene una actitud abierta hacia las posibles nuevas formulaciones del magisterio, con la garantía de que, no habiendo éstas de cambiar lo inmutable, la seguridad de la vida jurídica se mantendrá en su fidelidad esencial a la interpretación del Derecho divino.

La sentencia rotal *coram Sabattani* de 20-XII-1963<sup>61</sup> es una interesante prueba de cuanto hemos venido diciendo. El Tribunal se enfrentó con un caso en el que —más que una clara exclusión formal de la prole— la contrayente carecía de voluntad de instaurar una verdadera vida conyugal, un «*consortium omnis vitae*». Sin citar para nada el c. 1086, el Tribunal apreció la «*intentio contra bonum prolis*» y declaró nulo el matrimonio. La solución no sorprenderá a quien tenga de tal «*intentio*» el concepto que acabamos de exponer, y que las tres sentencias *coram De Jorio* repetidamente citadas en este trabajo han rubricado, al defender la autonomía de la «*intentio*» en cuestión y su directo entronque con el fin primario, con la «*ordinatio ad prolem*». No sólo no nos sorprenderá la solución del Tribunal en la *coram Sabattani* citada, sino que nos permite concluir, como lo hace Graziani al comentar las *coram De Jorio*, augurando que la nueva vía abierta en este campo por la jurisprudencia rotal conduzca a los legisladores a una más perfecta sistematización de este aspecto, que tal vez sea el más acuciante, del Derecho matrimonial canónico de nuestra época.

ALBERTO DE LA HERA

61. Vid. en «*Ivs Canonicvm*», 1966, fasc. II, pp. 563 y ss.; una valoración de esta sentencia hice en mi artículo *Sobre la significación del amor en la regulación jurídica del matrimonio*, en «*Ivs Canonicvm*», 1966, pp. 569 y ss.